

建設請負契約における「約款」の機能

——公共工事標準請負契約約款と建設業——

山口 康 夫

目 次

- 一 問題の所在
- 二 建設請負契約の法的状況と約款の形成
- 三 「標準」・「ひな型」約款の実効性
- 四 建設業の現状と特質
- 五 建設業における「約款」の機能——むすびに代えて——

一 問題の所在

一 サレイユ(Saleilles)が、ドイツ意思表示理論を分析対象とした著作において、一方当事者の契約支配という新しい契約現象に着目し、この現象にcontrat d'adhesionの表現を付与したのは一九〇一年のことである。⁽¹⁾これ以後、⁽²⁾附合契約理論は、約款理論へと推移しながら、多様な展開を示している。展開のひとつの結果が、A G B (Gesetz

建設請負契約における「約款」の機能(山口)

zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁽³⁾であるが、それにもかかわらず、約款による取引は資本主義諸国⁽⁴⁾において常態化し、約款をめぐる問題は一層複雑になり、深化しているのが現状である。法理論的にも、約款理論は、近代資本主義社会の法システムである市民法体系、ひいてはそこに体现している哲学的理念を揺さぶり、その再検討を促してきた。こんにち、約款をめぐる法理論の動向は、現代契約法および現代法律行為論の構築にむけられるエネルギーの最大の動因である。しかしながら、理論構築の最大の阻害要因は、皮肉にも約款理論の混迷である。

法理論的にもっとも問題となるのは、市民法契約理論と約款による取引の理論的整合性である。一方当事者が、附合契約的に約款を支配し取引を行なった場合、市民法契約理論からすれば、そこに当事者の自由な意思の合致を認めることは困難である。この場合、理論的整合性を強調し、約款の拘束力を承認するとすれば、なんらかの意味で当事者の「意思の擬制」が必要となる。反対に理論的整合性を断念し、当事者の意思を離れて、企業等の約款使用者に規則制定権を付与するとしても、その根拠が問題となる。

約款拘束力の根拠を中心とした約款理論の混迷は、市民法契約理論との整合性というラディカルな問題に母胎をおくとともに、従来のわが国の約款研究が、主として、外国法の紹介・研究に重点をおいてきたこと、また、検討対象もほぼ保険約款に収斂してしまっていたことと無縁ではない。⁽⁵⁾ここでは、現実に利用されている多様な約款の実証的分析が欠落し、保険約款についての特殊な理論が一般理論と化す傾向がみられる。以上は、日本法学の継受的法的性格と保険約款の約款としての典型的性格が、約款理論の生成期という歴史的制約のもとで顕現してきたことであると理解できよう。しかしながら、このような状況は、約款があらゆる分野に浸透した現代社会では、反省さ

れるべきであると考え。約款研究は、なによりも具体的産業分野における約款の実証的研究から出発しなければならず、それらの作業の集成として、帰納的に約款の一般理論の形成が図られる必要があると思われる。

二　ところで、ここに約款研究の主たる対象から、完全に取り残された約款がある⁽⁶⁾。すなわち、業法にもとづいて標準約款の作成がなされ、その使用について行政的な指導がたびたびなされているにもかかわらず、実施約款として成熟しえないところの、建設業における約款である⁽⁷⁾。

建設業法は、第三章「建設工事の請負契約」において、請負契約は「対等な立場における合意に基づいて公平な契約を締結」すべきであり（一八条）、契約に関する一定の事項は必ず書面に記載し、署名・捺印をして相互に交付しなければならない（一九条）とする。また、これを実効性あるものとするため、中央建設審議会は、標準請負契約約款を作成し、その実施を勧告することができる（三四条）とする。中央建設審議会の権限にもとづき作成された約款には、建設工事標準請負契約約款（昭和四七年公共工事標準請負契約約款と改称。なお、以下では「公共約款」という）、民間建設工事標準請負契約約款（甲）、同（乙）、建設工事標準請負契約約款（甲）、同（乙）（後二者は、昭和五二年建設工事下請負標準契約約款として統合）がある⁽⁸⁾。

しかしながら、これらの約款の利用状況は、予期に反して十分ではないようである。たとえば、新潟県で実施した「公共工事標準請負契約約款調査」によれば、約款の完全採用は全市町村の三四％にすぎず、スライド事項等が不備であるなど問題のある、市町村財務規則別記にもとづく基準約款（建設工事請負基準約款）によっている市町村が、まだ一二％あることが報告されている⁽⁹⁾。以上の実施状況からすれば、建設業においては、他の産業分野と異なり、約款の必要性はないということになるのであろうか。また、公共約款が「標準」約款であることは、どのよ

うな意味があり、かつ機能を果たしているのであろうか。本稿が明らかにしたいと考えるのは、この点である。本稿では、公共約款を対象とするが、第一に、建設業における契約についての法的需要が実定法上満足されていれば、相対的に約款の活動領域は限定されてくると考えられるので、まず建設請負をめぐる法的状況を検討する。とくに、建設請負契約の性質を民法の請負契約との関連で整理し、建設業にたいする法規制の現状を検討する。第二に、建設業における普通契約約款の形成可能性とその要因を検討する。第三に、約款の機能する場である建設業の実態の検討も行なう。すなわち、約款の形成・機能は、その産業分野の構造に規定されると考えることができるが、この観点からすれば、建設業の現実とその構造を検討することが必要となるからである。⁽¹⁰⁾最後に、公共約款の現実的機能を検討する。なお、以上の課題から明らかなように、本稿は約款の現実社会における動態を検討しようとするものであり、約款の法解釈学的側面の分析は別稿に譲ることとする。

(1) R.Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'acte juridique dans le code civil allemand*, 1901, Paris, p.229 et suiv.

(2) 附合契約理論については、山口康夫「附合契約 (contrat d'adhésion) 概念の展開—フランス附合契約理論の素描—」*経済と法* 八号一頁以下、および、同「フランスにおける消費法の展開—フランス消費立法の動向を中心として—」*札幌法学* 二巻二号一頁以下参照。

(3) A G B については、多くの文献があるが、その邦訳として、吉川吉衛「西ドイツ普通取引約款の規制に関する法律」*生命保険文化研究所報* 四七号一五七頁以下、渋谷光子「西ドイツの普通契約條款法」*国際商事法務* 五巻一二号五五一頁以下、河上正二・約款規制の法理（有斐閣・一九八八）四五九頁以下参照。また、フランスでの展開について、山口・前掲稿（フランスにおける消費法の展開）一頁以下参照。

(4) 資本主義諸国における、約款理論の展開と現状について、とくに、広瀬久和「附合契約と普通契約約款—ヨーロッパ諸国に於

ける規制立法の動向」基本法学四卷（岩波書店・一九八三）三二三頁以下、河上・前掲書一一三頁以下、および米谷隆三・約款法の理論（有斐閣・一九五四）一頁以下。

(5) 山口康夫「約款法理論の再検討―約款法理論生成期の判例・学説―」旭川大学紀要二四号一五一頁以下、とくに一七三頁以下参照。

(6) 打田峻一「標準請負契約約款覚書」勝本先生還暦記念・現代私法学の諸問題（上）（有斐閣・一九五九）二九〇頁以下、椿寿夫ほか「建設請負契約の研究」法律時報四二卷九号八頁以下等が参照されるべきである。

(7) つぎのような文章は、建設白書で毎年繰り返しのべられている。すなわち、「単品受注産業である建設業においては、受注者の立場が比較的弱く、その健全な発展のためには、請負契約の片務性の是正、契約関係の明確化、適正化を図る必要がある。このため、建設業においては、請負契約のひな型として中央建設審議会において作成された公共工事、民間建設工事及び下請工事の両標準請負契約約款の普及徹底につとめている」と（建設白書・平成三年版四八五頁）。

(8) なお、民間工事の建設請負契約で利用されている「四会連合協定・工事請負契約約款」がある。四会約款は、昭和二六年二月に決定され、その後昭和五六年九月までに四次の改正を経ている。四会とは、社団法人日本建築学会、社団法人日本建築協会、社団法人日本建築家協会、社団法人全国建設業協会をいう。同約款について、岩崎脩・建設工事請負契約の研究（清文社・一九八七）二七三―二九四頁以下、滝井繁男・工事請負契約約款（三訂版）（酒井書店・一九八九）一頁以下等参照。また、遠藤浩二・小川英明編・建築・請負（注解不動産法2）（青林書院・一九八九）九三五頁以下では、各種の約款について逐条解説がなされている。

(9) 日刊建設工業新聞一九九〇年三月二七日。

(10) 山口康夫「建設請負契約における「約款」の形成と機能」建設総合研究三九卷二号一頁以下、内山尚三・山口康夫「住宅建設と消費者」加藤一郎・竹内昭夫編・消費者法講座第六卷（日本評論社・一九九一）一頁以下は、本稿と相補的關係にある。

二 建設請負契約の法的状況と約款の形成

一 建設業における法的需要にたいして、実定法による充足がなされていれば、約款利用の要求は相対的に低下すると考えられる。そして、実定法による充足という条件のもとで、任意法の秩序づけ機能（Ordnungsfunktion）もしくは指導形象機能（Leibidfunktion）を問題とすることができるのである。^①

建設請負に関する法源として、もっとも重要なのは民法典である。民法の請負契約は、請負人の仕事完成義務と、注文者の報酬支払義務とが対価関係にたつところの諾成・双務契約とされている（民六三二条）。建設請負契約も「仕事の完成」を目的とする契約であり、抽象的・形態的觀察のもとにおいては、民法の請負契約と共通する。この限りでは、民法六三二条以下は、建設請負契約の範型であるといつてよい。しかし、これを具体的・実態的に觀察すれば、異なった形相を呈する。それは、建設請負は、建設工事という特殊の仕事の完成を目的とする契約概念であり、かつ、ここでは仕事の結果のみが全てではなく、むしろ継続的債権関係として理解すべき性質を有し、^②「報酬支払い」についても特殊性があるからである。換言すれば、建設請負では、施工にたいして、注文者の監督・指図・検査などの管理がなされ、請負人の独立性が弱く従属労働に接近している。さらに、完成物の不備や欠陥は簡単に発見できないため、仕事の結果だけを目的とすることができず、相互の信頼関係が基礎とならざるをえない。このため、建設請負契約は、継続的債権関係とある程度同視するものと考えることが実態に適合する。^③報酬の支払についても、建設請負では清算代金の支払は、部分払いかつ前払いが慣行となつて^④いることや、仕事^⑤が完成されず途中で終了した場合でも清算するなどの点で、民法の予定する請負契約と異なっている。

以上のべたような、民法と建設請負契約のズレは、立法過程、およびその後の展開そのものに内包されていた。第一に、民法は継受法的性格をもっており、本来的に日本における建設実態との直接的関連性をもたず、その結果として、民法の建設請負にたいする実効性を減却している。これは、民法の立法過程での審議経過では「予定代価」の問題を除けば、実質審議がなされておらず、用語や名称の問題が中心であったことからうかがえる。法形式のうえからも、民法の規定は、請負契約の成立、報酬の支払い、完成引渡し後の請負人の責任、請負契約の終了を定めるのみであり、契約・設計・施工・管理・完成・引渡し各側面で生ずる諸問題の解決規定としては不十分である。

予定代価の問題も、継受先がフランス民法からドイツ民法草案に変更されたことにともなう議論であったが、すでに指摘されているように、この過程でフランス、ドイツにおける重要な論点が見落されていくのである。⁽⁷⁾ 予定代価に関して、旧民法二七五条はつぎのように定めていた。

「工技又ハ勞力ヲ以テスル或ル仕事ヲ其全部又ハ一分ニ付キ予定代価ニテ為スノ合意ハ注文者ヨリ主タル材料ヲ供スルトキハ仕事ノ請負ナリ若シ請負人ヨリ主タル材料ト仕事ヲ供スルトキハ仕事ヲ為ス可キ条件附ノ売買ナリ」

この規定は、予定代価をもって仕事をなす場合を、条件附売買と請負に区別する立場であり、フランス民法の考え方であった。フランスでは、条件附売買と請負は、基本的に目的物にたいする所有権の関係は異なると考えられ、これを前提に区別がなされている。すなわち、条件附売買では、注文者は仕事完成までは所有権者ではないのにならして、注文者が主たる材料を提供すれば添附により、その作られるべき物について注文者が所有権者であると理解されるのである。しかし、当事者の所有権の関係による区別は、不必要の限定でありかえって不当な結果となり、

ドイツ民法草案のように、当事者の意思により問題を決すればよいとし、現行の民法典では採用されなかったといわれる。同時に民法六三三条が追加され、報酬は仕事の目的物の引き渡しと同時になされるべきこととされた。ここにおいて、仕事の結果の売買が請負であるとの考え方が生じてきた。そして、請負が結果の売買と観念されたことにより、請負人は仕事完成義務と引渡義務を負うこととなったと考えられる。以上の推移は、外国法を継受しながら、その背景となる重要な部分を欠落していく過程でもあった。

以上のべたことに関連して、第二に、わが国の現実には、建設請負について法的需要を喚起するだけの経済構造および産業構成になっておらず、このため、請負契約への関心が薄かったと考えられる。この点については、建設業がわが国の経済構造において、どのような位置づけをあたえられていたか、また、いかなる特殊性をもって展開をとげてきているのかの分析・検討が必要であるので、のちに検討する。

第三に、法典そのものに内在する問題がある。法典を産みだす基盤、背景となった社会の変化にともない、固定された法典と社会の間に生ずるズレである。すなわち、民法の典型契約は、商品交換社会としての近代資本主義社会において実効性をもつ契約範型として、抽象され定着したものと理解できるが、その基盤であり機能する場でもある商品交換社会が変化すれば、法規範としての実効性に欠けるところがでてくるのは当然である。⁽⁸⁾ 社会の変貌をもたらしした主要な経済的要因として、資本の集積・集中による大企業の出現があることは周知のことであるが、わが国が継受した民法典は、歴史的制約から、これを射程にいれていないことが注意されなければならない。

以上のことから、法的状況からすれば、建設業における法的需要を満足させるものではなく、約款形成の契機が十分あるものと考えられる。しかし、法的状況を考察するうえで、建設業の分野では建設業法（昭和二十四年五月二

四日法一〇〇号⁽¹⁰⁾が制定されており、これを無視することはできないので、つぎに検討する。

二 現代資本主義社会で特徴的なのは、従来私的自治の領域とされてきた分野への国家介入の増大である。⁽¹²⁾そして、その法的手段としてわが国において顕著なことは、行政取締法ないしは業法の活用である。⁽¹³⁾建設業法も、国家的監督や規制の基準たる性格をもっているが、現代資本主義社会では、建設業に限らず、一定の重要な取引分野で業法規制が普遍化している。とくにそれは、電気・ガス・水道の供給契約、運送、保険などの、いわゆる *public utility* ⁽¹⁴⁾の領域で顕著になっている。業法による監督・規制は、通常、主体規制、行為規制が中心である。

主体規制は、一般に参入規制を中心とする。たとえば、事業開始に際して、ガス(ガス事業法三―五条)、水道(水道法六―八条)、電気(電気事業法三―五条)、鉄道(地鉄法一一、一二条、軌道法三条)、運送(道路運送法四、五条、海上運送法三―五条)などでは、主務大臣の営業免許が必要となるほか、その他厳格な要件が課されている。⁽¹⁵⁾保険(保険業法一条一項、二、三条)、銀行(銀行法四条)も同様である。以上の規制は、事業経営能力、資産、業務の内容を一定のフレームに収めることにより、事業の水準を確保するとともに効率的な行政規制を行ない、当該産業をコントロールすることを目的としている。

建設業法でも、建設業を営もうとする者は、軽微な建設工事だけを行なうことを営業とする者を除き、建設業の許可を受けなければならないとしている(三条)。本条は、それまでの登録制を、昭和四六年に許可制に改正したものであるが、この意図するのは、施工能力、資力、信用のない建設業者の輩出を防止し、一式業者と職別専門業者との職能の分別、職別専門業者の専門化の促進など、建設業者の資質の向上、建設業の発展を促進しようとするものといわれる。⁽¹⁶⁾

行為規制は、契約的側面での業法規制の問題である。public utilityの領域では、大量の契約処理の必要性と内容の定型性から、約款（供給規程も基本的に約款に含めて考える視点が必要である）が利用される。このため、約款ないしは供給規程について、その使用や内容について主務大臣の認可を要するとなったり、変更を命じることができるとするなどの監督、規制がなされ、その実効性が担保されている（ガス事業法一七、一八条、水道法一四、三八条、電気事業法一九、二三条、地鉄法二一条、軌道法二条、道路運送法八、一二、三三条、海上運送法八、九、一九条など）⁽¹⁷⁾。保険の分野でも、営業免許の申請書提出の際の「基礎書類」として、普通保険約款、保険料算出方法書などを添付しなければならず（保険業法一条一項）、その変更には、主務大臣の認可を要し、大臣は変更を命ずることもできる（同法一〇条）などの、監督、規制がなされている。以上いずれも、大量・定型の取引の場において、経済的に優位にある約款使用者の約款利用について、行政的にコントロールを図ろうとするのである。ただし、銀行取引では、約款に関して、直接の法規定は存しない⁽¹⁸⁾。

すでにのべたように、建設業法は、第三章「建設工事の請負契約」で、建設工事の請負契約の適正化と下請負人の保護について定め、第六章「中央建設審議会及び都道府県建設審議会」で、中央建設審議会は、標準請負契約約款を作成しその実施を勧告することができるとする（三四条二項）。そこで、つぎに標準約款の形成についてのべなければならぬ⁽¹⁹⁾。

三 建設工事の標準請負契約約款のうち、公共工事の発注契約に関する建設工事標準請負契約約款は、昭和二五年二月中央建設審議会が決定勧告をして以来、七回の改正を経ている。公共約款は、官公庁あるいは大発注者と建設業者との請負契約が、契約法が予定している権利義務の関係ではなく、上下の間における恩恵と懇請にもとづく権

力服従関係としての内容をもっていたことから、この是正を図ろうとしたものといわれる。⁽²⁰⁾ すなわち、建設工事における「片務性」⁽²¹⁾の是正が問題の中心であった。⁽²²⁾

制定当初の約款は、三八カ条の規定をおいた。約款内容は、注文者側の監督権限の明確化、発注者の工事の変更または中止等の場合に請負人に損害を生じたときは発注者が賠償責任を負うこと、請負者に帰責事由がないとき、その他正当事由あるときには工期延長を求められること、発注者の検査期日と代金支払期日、前金払または部分払いの時期を明確にしたこと、解除権の明確化、発注者の危険負担、事情変更の原則の承認、紛争解決の方法の規定、その他契約内容の明確化を図る規定などである。

以上のような約款内容は、建設省の趣旨説明によれば、建設業における片務性の是正と契約内容の明確化が眼目であった。建設工事の現状が片務的關係にあるので、約款により、この是正を図ろうとするのであるから、公共約款は、当時の建設業の現状を追認し、これを約款に集約しかつ経済的優位の維持・強化を企図するという、通常いわれるような約款の特徴を備えるものではないといえる。反対に、約款を作成することにより建設業の現状を是正しようと企図するものであり、「目的設定」⁽²³⁾ないしは「基準設定」約款としての性格をもっている。公共約款が、このような基本性格を有するとすれば、つぎに考察しなければならないのは「目的」を実現する諸条件が、建設業界に備わっているかどうかという問題である。しかし、この問題を検討する前に、約款は数度の改正を経ているので、この経過と主要な改正内容をここで整理しておく必要がある。

四 改正の経過はつぎのようである。⁽²⁴⁾

①昭和二七年改正 スライド条項を「予期することのできない異常の事由の発生に基づく経済情勢の激変があった

場合」にも適用することとし、工事現場の実情を基礎に発注者と請負者が協議して、請負代金額または工事内容を変更することとした。請負代金受領の規定も新設された。

②昭和二九年改正 前払金保証制度が発足したことともなう約款の整備、一定の場合における請負者の工事の一時中止の申出や解除権の規定、異議申出権の承認、発注者が請負者の現場代理人、労働者等にたいする交代請求権の規定の新設、履行保証保険による契約保証の規定の追加等がなされた。

③昭和三十一年改正 建設工事紛争審査会が、同年の建設業法改正により設置されたことともない、紛争は同審査会のあつせん、調停、仲裁に服することとした。

④昭和三七年改正 工事内訳明細書および工程表の発注者承認制の改正、請負人について請負者の通知義務から発注者の通知請求権への変更、賃金または物価の変動にもとづく請負代金額等の変更についての規定の明確化、第三者への損害規定の新設、天災その他の不可抗力による損害規定についての明確化と損害額算定の方法・範囲についての改正、工事目的物の所有権についての規定、紛争審査会のあつせん・調停前置の廃止などが行なわれた。

⑤昭和四七年改正 昭和四六年の建設業法改正にともない、名称も「公共工事標準請負契約約款」と改められ、約款の全面改正が行なわれた。第一に契約条件の明確化が図られた。すなわち、工場用地等の確保は発注者の義務であること・分離発注等における発注者の調整・工事現場の監督員または現場代理人の権限等・工期の短縮、延長の場合の処理・工事完成後の目的物の引渡しおよび契約解除されたときの措置・意思表示は原則として文書によることなどの明確化が行なわれた。第二に、工事管理の合理化が図られた。すなわち、約款および設計図書に特別の定めがある場合を除き、仮設、工法等工事目的物を完成するのに必要な一切の手段については、請負者が定めることが

できることを確認的に規定した。また、これまで監督員が検査または立合等を行なうこととされていたが、これを改めて、発注者が必要と認め設計図書において指定したものについてのみ検査または立合等を行なうこととした。関連して、一定の場合に発注者は破壊検査を行なうことができることとなった。第三に、契約条件の適正化が図られた。すなわち、工事の施工条件の変更理由を明規し、発注者、請負者双方が条件変更を理由に、相手方にたいして必要な工期または請負代金額の変更を請求することができるとした。発注者が行なう工事内容の変更または工事の中止に関する規定を整備し、また、スライド条項、天災不可抗力条項の明確化を図った。その他、解除にともなう請負者の違約金支払義務等について規定がなされた。以上のほか、紛争の解決方法として、これまでの紛争審査会によるもののほか、発注者および請負者が合意して定めた第三者によるあっせんまたは調停の制度を採用できるようにした。

⑥昭和五六年改正 第六回の改正は、とくにスライド条項、天災不可抗力条項における足切り率の縮減が図られ、また、単品スライド条項が導入された。

⑦平成元年改正 消費税の公布・施行にともなう改正がなされた。

五 改正のなかでも、とくに昭和四七年改正、昭和五六年改正は重要な意味をもつので、この背景などについて、のべておきたい。昭和四七年改正は、建設業法が前年の四月に改正され四七年四月に施行されたことにともなう改正であるが、同法の改正は、許可制度の採用と請負契約の適正化に関する規定の整備を中心としたものであった。それまでの建設業者の登録制度では、一定要件を満たせば建設業を営むことができたため、必要以上に業者数が増大し、過当競争となり、その結果適正な建設工事が確保できなくなる危険があると批判されていたことから、これ

に対応したのである。すなわち、この時期「事業所統計調査」によれば、昭和二九年に一八万七千であった建設事業所が、昭和四七年には四一万一千に激増していた。また、昭和三〇年から三九年では九万一千の増加がみられ、昭和四〇年から四九年では一八万が増加するという時期であった。⁽²⁵⁾このため、施工能力、資力、信用のない建設業者の輩出がみられ、建設業への信頼が失墜していた。これを防止し、一式業者と職別専門業者の職能の分別、職別専門業者の専門化の促進などを通して、建設業者の資質の向上、建設業の近代化・健全な発展などを目的としたのが、業法の改正であった。すなわち、建設業者のふるいわけを試みたのである。しかし、建設業者の増大はのちにみるように、許可制の導入によっても、その増大を止めることができなかった。ともかく、この時期、過当競争から生ずる弊害を除去するために許可制を導入し、これと表裏の関係にある請負契約を合理化する前提条件を確保しようとしたのである。⁽²⁶⁾

その後、わが国の経済が、一九七一、一九七三年の危機を経過し、安定経済成長へと移行したことにより、建設投資が鈍化し、物価動向も変化した。これにともない、建設業の経営業績が伸び悩んだ。このため、昭和五六年改正は、約款のスライド条項や天災不可抗力条項による足切り率の縮減を図ったのである。すなわち、この改正は建設業の利益率の低下や法人税率の引上げ等の経営内容の変化にともなう行なわれたものである。ただし、スライド条項の適用をうける企業階層は、主として資本金一〇億円以上の建設業が想定されていたことが注意されなければならない。これにたいして、天災不可抗力条項は、全階層の建設業を対象としていた。

(1) 内山＝山口・前掲稿四二頁、および四六頁の注66参照。また、河上・前掲書一―二頁参照。

(2) 通説は仕事の結果を重視し、請負を一時的債権関係とし、委任・雇用を継続的債権関係ととらえている（我妻栄・債権各論（中

巻二) (岩波書店・一九六二) 六六一頁、広中俊雄「請負」新版注釈民法(16) 債権7 (有斐閣・一九八九) 一一五頁)。ただし、広中教授は、継続的契約関係を生じさせる請負契約も例外的にあるとする(一一五頁)。本文のような理解を示すものとして、内山尚三・現代建設請負契約法(増補)(一粒社・一九八〇) 一〇一―一一頁、内山尚三・打田峻一「建設工事の請負契約」建設総合研究三九巻一号一頁以下。なお、川島武宜「官庁土建請負契約の「片務契約」的性質について」法社会学における法の存在構造(日本評論社・一九五〇) 二二六頁以下参照。

(3) 内山・前掲書(請負契約) 一一頁、岩崎・前掲書二三―二三八頁で、検討がなされている。なお、東京地判昭四八年七月二七日判時七三一号四七頁は、工事の解除に関する事案であるが、建築工事請負のように必ずしも一回限りの給付というには妥当でないものがある場合には、ある程度段階的な給付を考慮し、その限度で継続的關係と同様の解釈をとり入れることは許される、と判示していることが参考となる。

(4) 内山尚三・転換期の建設業(第三版)(清文社・一九七九) 二八四―二八六頁、山本重三・五十嵐健之・飯田隆史「建設請負契約」不動産法大系第五巻(青林書院新社・一九七五年改訂版) 一六二頁以下。

(5) 内山・前掲書(転換期の建設業) 二八四頁、内山・山口・前掲稿一九頁。以上のような問題は、典型契約・非典型契約を区別することの理論的・実践的意味の検討をうながす。この問題について、来栖三郎・契約法(有斐閣・一九七四) 七三六頁以下、最近の文献として、湯浅道男「混合契約および非典型契約の解釈にあたってはどういう点に留意すべきか」椿寿夫編・現代契約と現代債権の展望第五巻(日本評論社・一九九〇) 三頁以下等参照。

(6) 椿・前掲稿一一―一二頁。

(7) この点について、坂本武憲「請負契約における所有権の帰属」民法講座第五巻(有斐閣・一九八五) 四三九頁以下参照。

(8) たとえば、立法当初には請負契約は靴の修理などを主たる対象とするものと考えられていた(梅謙次郎・民法要義(巻之三、債権編) 有斐閣版六九八頁)。また、内山・前掲書(転換期の建設業) 二八四頁。

(9) 打田・前掲稿二九五―二九八頁、椿・前掲稿一二頁。

(10) 建設業法について、内山尚三・建設業法の要点(新版)(清文社・一九八九)、内山尚三・打田峻一・加藤木精一・(新訂) 建設

業法（第一法規・一九九〇）を参照。

(11) 建設業法については、簡単ではあるが、すでに検討したことがある（山口・前掲稿（建設業法の問題点）一頁以下）。

(12) なかでも重要なのは、行政ないし政策的価値が契約レベルにまで混入してくるという側面である。ジョスラン（Josserand）は、これを契約公法化（publicisation du contrat）現象として説明している（Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, p.1 et suiv.）。

(13) 業法による規制は、監督官庁の通達・告示と連動した規制が可能となるので、政策的価値を容易に実現・貫徹させうる立法技術である。すなわち、行政規制は、直接性・機動性・迅速性を有するので、政策実現・遂行の必要性の高い分野で利用される規制方法となる。しかし、「縦割り行政」のもとの業法規制は、適用範囲が限定されるので法の盲点を生じさせ（この例として、山口康夫「消費者法における「資産形成型取引」の法的问题——海外先物取引判例における不法行為処理——」札幌法学一卷二号一頁以下、とくに九頁参照）、業法規制に取引の相手方の利益確保という目的をもたせると、目的の二重性が発生し、規定内容が複雑となり、法的処理を混乱させる原因となる。また、「市場参入と行政介入」の問題そのものの解明も課題であるが、この点に関しては、根岸哲・規制産業の経済法研究（第一巻）（成文堂・一九八四）一頁以下、とくに二二一―二四〇頁参照。

(14) 今村成和「public utilityに対する法的規制」私的独占禁止法の研究Ⅰ（有斐閣・一九五六）一二七頁以下、根岸・前掲書一七一頁以下。

(15) 特許企業に関する論議について、原田尚彦「特許企業の意義」ジュリスト三〇〇号記念・学説展望（有斐閣・一九六四）一一四―一一五頁参照。

(16) 内山・前掲書（要点）八―九頁、内山・打田・加藤木・前掲書二九頁。

(17) 河上・前掲書一四頁に簡潔に整理がなされている。

(18) 山口康夫「普通取引約款の生成と法——銀行取引約定書ひな型」研究序説——旭川大学紀要二二号一三頁以下。

(19) 建設業法そのものの問題性もあるが、本稿では立ち入らない。この点について、山口・前掲稿（建設業法の問題点）一頁以下で検討をしている。

(20) このような指摘は、建設業に関する文献でたびたびのべられている。たとえば、建設省大臣官房建設業課「国土建設一〇年の歩み／建設業」建設月報昭和三年六・七月合併号（日本土木建設業史年表委員会編集・日本土木建設業史業界関連年表（昭和二〇年―昭和四六年）（日本土木工業協会・日本電力建設協会・一九七五）一六七頁―一七二頁に転載）など。

(21) 建設業における契約の片務性の問題とは、契約当事者は「不平等の立場で―すなわち、注文者は支配者としての立場で、請負人は服従者としての立場で―その義務を負い、その立場に応じて、義務の性質がこととなるとともに、この履行を保証する強制の態様もことなる、という意味」であり（川島武宜・渡辺洋三・土建請負契約論（日本評論社・一九五〇）六頁）、官公庁や民間大企業を注文主とする場合にのみあてはまるものである（川島・渡辺・前掲書七頁）。なお、来栖・前掲書四八六―四八七頁参照。

(22) 行政当局もこれを明確に意識している。すなわち、建設請負は「近代契約法が予定している対等者間の権利義務の関係としてではなく、上下の間における恩恵と懇請に基づく権力服従関係としての内容」をもっているとのべている（建設省大臣官房建設業課「国土建設一〇年のあゆみ／建設業」建設月報・昭和三年六・七月合併号、のちに日本土木建設業史年表委員会編・前掲書に転載。引用は後者の一六八頁）。

(23) 約款は、実施約款の中にとりいれられており、これにより「わが国の公共工事の請負契約の統一化と近代化のために果たしている偉大な役割を忘れてはなら」ず、「法的には何の拘束力も与えられていない標準約款が、実施約款というクッションを経て、支配している事実は、標準約款の果たしている巨大な役割」を示している、との実務からの指摘がなされている（中村絹次郎「建設工事標準約款の改正」法律時報四三卷一二号七一頁―七二頁）。

(24) 建設業法研究会編著・公共工事標準請負契約約款の解説（改訂三版）（大成出版社・一九八九）一〇―二七頁。

(25) 昭和四三年度―四五年度にかけての建設投資は、年率二・三％の増加であった。このため建設産業への参入が激増することになった。

(26) 建設業法の登録制・許可制と国家政策の関連については、別稿で検討を行ないたい（今秋刊行予定である、内山・黒木・石川先生古稀記念論集（第一法規）に掲載予定である）。

三 「標準」・「ひな型」約款の実効性

一 以上のべたように、民法は実定法として存在が維持されているが、請負規定の建設業における実効性は失われていると考えられる。そこで、建設業法は、中央建設審議会に約款の作成、勧告を行なわしめ、この空白をうずめ、同時に建設請負契約における片務性の是正を図ろうとしている。

ところで、公共工事標準請負契約約款は、この用語が示すとおり「標準」約款である。そこで、標準とはいかなる意味をもっているのか、標準約款と普通契約約款に違いはあるのか、あるとすれば、それはどこに求めるべきか等の諸点が問題となる。厳密に言えば「標準約款」は約款そのものではなく「ひな型」と同じく、その範となるところのものであり、契約のモデルであるといえる。しかし、現実にはこれらの区別は微妙である。^①それは、結局のところ、標準約款なりひな型が、そのまま個々の大量取引のなかで使用されていけば、機能的にみると約款との区別はなく、一般的な呼称や外形による違いにすぎなくなるからである。^②したがって、用語、呼称によって、約款とそれ以外のものを区別することは形式論であり、あまり意味がないと思われる。すなわち、銀行取引におけるように、約款として十分な実効性をもつと考えられる分野においても「約款」ではなく「ひな型」とされていたり、反対に約款とは名ばかりの強制力のない「約款」も存在しているのである。

問題は、第一に、ある産業分野において、どのような条件が備わったときに、約款ないし「標準約款」「ひな型」が、実効性をもつにいたるのかの点におかれなければならない。呼称よりも、それが当該分野において実効性ないし強制力があるかどうかの検討が重要である。約款理論は、このような類型化を通した一般理論の構築に向かわな

ければならないと考える。また、第二に、補充的課題ではあるが、存在することには理由があるとすれば、約款としての強制力をもちうる産業分野において、何ゆえに「約款」ではなく「標準」や「ひな型」の呼称が用いられる場合があるのか、明らかにする必要がある。

本稿は、第一の点を建設業の分野において検討するが、第二の点も、ここで補足的に検討を加えておきたい。

二 「ひな型」の呼称を用いる代表的産業分野に銀行取引がある。現在、約款研究の対象として「銀行取引約定書ひな型」は、保険約款とならぶ典型的約款のひとつとされている。しかし、銀行取引において、約款が「ひな型」であることの意味について、これを正面から論じた文献はほとんどないといってよい状態であるが、かつて拙稿において、銀行取引約定書ひな型についてつぎのように分析したことがある⁽³⁾。

すなわち、銀行取引約定書ひな型は、信用Ⅱ金融制度の構造自体の所産であり、その枠内で銀行債権を保全するための法的対応である。しかも信用Ⅱ金融制度は、資本主義経済の運行に決定的影響力をもつ以上、金融・経済政策と無縁ではいられない⁽⁴⁾。このため、政策的価値は、取引内容についてまで種々の様相をもって混入してくる。銀行取引に関する制定法の空白は、その混入を一層激化させ複雑化させる。「ひな型」という形式は、以上の状況にあつて、制度そのものが要請する共通的处理の必要性（とりわけ手形処理の統一）と、各金融機関の私企業性Ⅱ自主性尊重Ⅱ競争との妥協から生じてきたものであり、政策的価値を実現する「容器」となっていると考えられる。いかえれば、「ひな型」は、制度・構造そのものからフレームが形成され、その枠内で生ずる共通的处理の必要性和私企業性の（形式的）尊重という矛盾を解決する手段として現われたのである。そしてまた重要なことは、「ひな型」が行政目的との関連のもとに出現してくるということである。以上のべたことからすると、銀行取引では各銀行が

自主的に「ひな型」を約款として利用するというプロセスが必要であり、その始動期に「約款」という統一的で固定化した呼称はなじまない、ということになる。^⑤ここに「ひな型」という形式の存在理由があると考ええる。

一般にわが国における約款形成の要因として、①政策的価値の混入の容易性、②経済的地位の維持・強化、③契約合理化の企図をあげることができる。^⑥また、ラコフ（Rakoff）のいうように④内部的な企業の効率性促進も加えることができるであろう。^⑦このうち、銀行取引約定書ひな型で重視されるのは、①②である。これに対して、公共工事標準請負契約約款は、形成の経過をみても①の要素が強く、それを挺子にした③の実現が図られている。②は、つぎにみるように建設業の分野では、その実態が複雑であり一括してのべるのは困難であり、かつ危険であるが、すくなくとも公共工事の分野では、建設企業にとり取引実務上にその基盤がないと考えられる。

三 約款、標準約款、ひな型などいずれの呼称を用いているにしても、要するにこれを強制しうるかどうか問題の中心におかれなければならない。また、約款内容の妥当性の問題と、その実効性の問題は分けて考えなければならぬであろう。さらに「標準」・「ひな型」なる形式の現実的機能についても別に検討する必要があると考える。

約款を強制するために、第一に、法的に強制を加える場合がある。たとえば、電気事業法は、約款の作成・認可・届出義務を課し（一九条）、監督官庁による約款の変更命令を認め（二三条）、公示義務（二〇条）、約款によってのみ取引すべき義務（二二、二三条）、応諾義務（一八条）を要求する。この徹底化した形態が、郵便法による郵便の例である。第二に、経済的実勢力により事実的強制が加えられる場合がある。最も強制力があるのは、当該産業分野が独占市場の場合であり、ついで寡占市場の場合である。また、事業者の団体が相互に協定をした場合も強制されうる。^⑧要するに、現実的に契約強制をなしうるかどうかは、当事者の経済的実勢力によると考えられるから、市場

から自由な競争が排除されていなければならない。第三に、大量契約の定型的処理のために、事実的に契約が強制される場合がある。ここでは経済的実勢力が問題とならず、利用頻度が高く、一回の取引金額が低額であるような取引において、一方の当事者は強制されるという意識なしに、約款利用が慣行として累積し実効性をもつことがある⁽⁹⁾。

ただし慣行については、第二の状況でそれが商慣習(法)として形成される場合は、経済的実勢力を背景として積み重ねられていくものであり、合理的な内容であるという保障は全くないことが注意されなければならない⁽¹⁰⁾。第三の場合であれば「例文」解釈がなされることがあろう。いずれにしろ、この点を裁判所が問題とすれば、当該約款に対する法的判断は不安定となり、契約内容実現の予測可能性は減ずるであろう。

建設工事の公共約款も、内容が建設業の実態に即して妥当であるとしても、それが実施されなければ、「標準」であるにとどまり、普通約款そのものであるとはいえない。そこで、公共約款が実施約款となるための状況が成立しているか問題となる。

公共約款は、以上にのべた第一の法的強制力があるか。建設業法によれば、建設工事の請負契約の当事者は対等な立場における合意にもとづいて公正な契約を締結し、信義に従い誠実にこれを履行しなければならない(一八条)、契約締結には一九条に掲げる事項を書面で明らかにしなければならない(一九条)。中央建設審議会は、以上の趣旨にしたがい、約款を作成し、実施を勧告する(三四条二項)。このように一九条は、書面を義務づけているかのよう⁽¹¹⁾に読むことができる。しかし、学説は本条の書面交付は法的義務ではなく訓示規定であるとし、下級審でもこれを認める⁽¹²⁾。しかし、官庁工事については、「会計法」により、書面による契約をもって成立すると考えられる。すなわ

ち、会計法二九条の八第一項は、官庁工事については契約書の作成を必要とし、同二項は「契約担当官等が契約の相手方とともに契約書に記名押印しなければ、当該契約は、確定しないものとする」としているからである。最高裁も、この場合は契約書の作成によって契約が成立するものとしている⁽¹³⁾。また、公共工事のうち地方公共団体が発注する一定額以上の工事は、予約契約ののち議会の承認を経て契約が成立する。しかし、注意を要するのは、公共工事の書面主義は、書面の要求であり約款を強制しているわけではないことである。したがって、約款によってのみ取引すべき義務や応諾義務などが課されていないことなどとあわせて考慮するに、公共約款は法的強制力が付与されているとはいえないであろう⁽¹⁴⁾。

つぎに問題となるのは、第二の場合である、経済的実勢力による強制である。これについては、建設工事における当事者の経済的実勢力の優劣、すなわち建設業の現状をみなければならない。そして、その前提となるのは、建設業の特質と現状の分析であるから、つぎに、項を改めて検討したい。なお、第三の場合について、建設業は、利用頻度や一回の取引金額の低額性は問題とならず、この点からの、実効性の実現はありえないであろう。

- (1) これを区別すべきとする学説としては、米谷隆三・前掲書九四頁、石井照久・普通契約條款（勅草書房・一九五七）七頁、谷川久「企業取引と法」岩波講座・現代法九卷（岩波書店・一九六六）一四九頁以下等。これらは、ライザーの学説の影響が強かったものと思われる（Raiser, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Nachdruck 1961, S. 23ff）。しかしライザーの学説が主張された当時は、判例・学説ともに「ひな型」を別に取り扱っていたが、AGBはこの区別を認めない（AGB一条参照）。

(2) 河上・前掲書一三〇～一三三頁。広瀬・前掲稿三一三頁以下も同視する。

(3) 山口・前掲稿（銀行取引約定書ひな型）一三頁以下。

- (4) 山口・前掲稿（銀行取引約定書ひな型）一五―一六頁。
- (5) したがって、銀行取引に対して、金融・経済政策の貫徹が図られることになれば「ひな型」という中間的手段では不充分となり、統一約款として全面的に国家の規制（制定法による約款の作成、使用の義務づけ）のもとに置かれることになろう（山口・前掲稿（銀行取引約定書ひな型）二〇頁）。
- (6) ②③は、周知のように、ライザーの指摘するところである（Raiser, a.o.S.19～20ff.）。
- (7) Rakoff, *Contracts of Adhesion: an Essay in Reconstruction*, 96 *Harvard L.Rev.* p.1220.
- (8) 打田・前掲稿三―三頁。
- (9) たとえば、コインロッカーの利用規則は、あまり読まれることもなくて、しかも規範性をもっている。このことは、たとえば、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・消費者取引と契約―約款の適正化を中心として―（大蔵省出版局・一九八二）一七〇頁以下に公表されている約款の意識調査の結果によれば、利用頻度と取引金額の多寡が、約款の詳読度等に影響をおよぼしていることが明らかとなっており、参考になる。
- (10) 山口・前掲稿（銀行取引約定書ひな型）一七頁、二〇頁注20。
- (11) 我妻・前掲書六〇三―六〇四頁。そこでは、民法の原則を行政的監督を目的とする法律によって変更したものと解するのは妥当ではない、とする。
- (12) 新潟地高田支判昭和二八年一月一四日下民集四卷一―一六八七頁。事案は、校舎請負契約で、建設業法二〇条、同施行令四条所定の見積期間をおかず、かつ一九条所定の事項の記載を欠いた契約についての争いであったが、判決は、一九条は「法律関係に疑義紛争をならしめる為に具体的にその主要な事項を書面化して明確ならしめんとする目的で規定せられたものであり、本来請負契約は双務諾成契約であり、一九条全部を書面化する必要はない、としている」。
- (13) 最判昭和三五年五月二四日民集一四卷七号一一五四頁。
- (14) 昭和二〇年代にすでに約款の法制化の要求がでていた。たとえば、鹿島守之助「建設業の合理化（昭和二八年建設白書に寄す）」建設時報五卷八号（ただし、筆者が参照したのは、同文が転載された、日本土木建設業史年表委員会編・前掲書一三四頁以下

である）。

四 建設業の現状と特質

一 建設業の現状を資料により確認する。一九九〇年平均の建設業就業者は五八八万人であり、年平均で過去最高となった。形態別内訳は、自営業主九一万人、その家族従業者数三五万人、雇用人四六二万人である。常用労働者は前年比一五万人増加し四〇一万人となり、臨時・日雇労働者は三万人の減少である（総数六一万人）。この結果、雇用人中の臨時・日雇の比率は一三・二％で、過去最低となった。就業者の推移は表1のようであるが、建設業の増加率は高水準にある。就業者の高齢化も認められる。

建設業における生産労働者（常用労働者）の現金給与総額は、規模三〇人以上の事業所で、一ヶ月あたり二七万二七五九円（平成元年）、管理、事務、技術労働者の「管理事務」労働者の平均月額は四三万二四二六円である。生産、管理事務の平均は三七万三二二一円（ただし三〇人以上規模の統計）である。製造業の平均月額は三三万六六四八円であるから、管理事務労働者はこれを上回り、生産労働者はこれを下回っている。建設業の規模別でみたのが表2である。これによれば、五〇〇人以上の規模の平均月額は、五、二九人規模に対して、一九八九年では約二倍、一九九〇年でも一・七倍を超えていることが注目される。以上いずれも常用労働者の統計であり、また、生産、管理事務の平均月額は三〇人以上の規模が対象である。したがって、二九人未満の事業所での労働者を対象とするものではなく、臨時・日雇の賃金も含まない。これらを含めば、製造業との格差は一層拡大するであろう。なお、建設業の総労働時間は生産労働者一八七・八時間（卸・小売業の昭和四〇年代の水準である）、管理事務労働者一八

七時間である。製造業は一七九時間である。以上のことから、建設業は大企業と中小零細企業の賃金格差がいちじるしく、生産労働者は、管理事務労働者より一段と低賃金であることがわかる。また、大企業においては他の産業分野をむしろ上回る賃金水準である。これにたいして、中小零細企業は、労働時間も長時間となっている。許可業者数は、図1のように、一九九〇年三月末で五〇万八八七四、規模別の最大層は個人で二〇万五六七三（四〇・四％）である。資本金一億円以上の許可業者数は四三一〇（〇・九％）にすぎない。業者数からみれば、建設業者のほ

表1 年齢階級別就業者数

(1) 全産業		(単位：万人)						
年	年齢	総数	15～19歳	20～29歳	30～39歳	40～54歳	55～64歳	65歳以上
56		5,581	138	1,151	1,484	1,891	635	282
57		5,638	138	1,127	1,492	1,933	663	284
58		5,733	152	1,126	1,491	1,975	697	292
59		5,766	150	1,125	1,472	2,010	720	290
60		5,807	140	1,127	1,477	2,020	747	295
61		5,853	152	1,132	1,493	2,010	771	298
62		5,911	151	1,150	1,454	2,044	801	309
63		6,011	153	1,179	1,394	2,127	834	322
元		6,128	159	1,213	1,340	2,211	870	335
2		6,249	169	1,253	1,291	2,273	907	357

(2) 建設業		(単位：万人)						
年	年齢	総数	15～19歳	20～29歳	30～39歳	40～54歳	55～64歳	65歳以上
56		544	11	103	156	199	58	17
57		541	10	97	154	205	60	15
58		541	11	93	153	202	67	15
59		527	11	86	146	201	68	14
60		530	9	81	149	205	71	14
61		534	10	79	155	202	75	13
62		533	10	79	149	202	80	15
63		560	11	82	146	226	87	17
元		578	11	84	139	230	96	18
2		588	13	86	130	236	103	20

出所：総務庁統計局「労働力調査年報」

とんどもは中小零細企業である。また、資本金一〇億円以上は八五四社（一九八八年三月末）、一億一〇億未満では三〇二一社（一九八八年三月末）である。資本金の一〇億円以上には、建設業以外で建設部門をもつ商社（三菱商事、三井物産等）、電機会社（日立等）、造船会社（三菱重工等）が含まれ、専

表2 建設業常用労働者1人平均月間現金給与額等

(規模30人以上)

(単位：円、時間)

区分 年平均	現金給与総額				実労働時間数			
	製造業	建設業			製造業	建設業		
		合計	生産	管理事務		合計	生産	管理事務
56	259,729	271,705	204,628	314,938	177	189	186	191
57	269,583	279,601	206,506	330,158	177	189	189	190
58	279,106	289,260	207,056	346,416	178	187	185	189
59	292,255	304,088	219,967	358,813	181	189	189	189
60	299,531	306,244	226,661	360,317	180	189	187	189
61	305,414	319,696	234,088	374,918	178	190	190	190
62	313,170	331,368	242,331	388,823	179	191	191	191
63	318,663	348,360	254,386	406,738	181	190	192	189
元	336,648	373,211	272,759	432,426	179	187	188	187
2	352,020	401,560	—	—	177	184	—	—

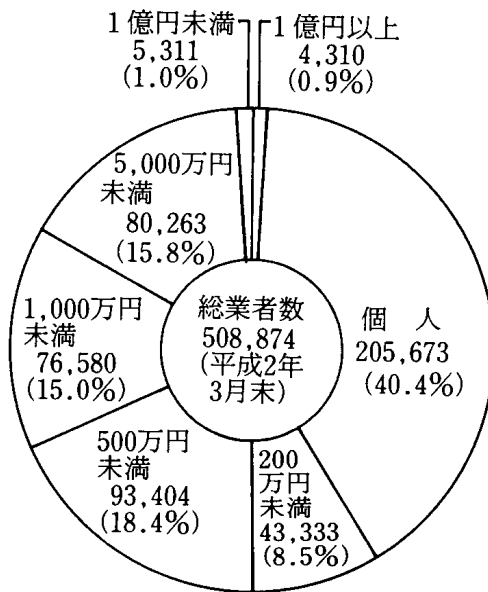
建設業常用労働者の規模別1人平均月間現金給与額等

(単位：円、時間)

区分 年平均	現金給与総額				実労働時間数			
	500人 以上	100人～ 499人	30人～ 99人	5人～ 29人	500人～ 以上	100人～ 499人	30人～ 99人	5人～ 29人
56	350,828	283,812	235,385	205,374	189	187	190	188
57	380,081	294,784	243,096	215,343	189	189	189	187
58	403,769	310,576	243,709	217,828	189	186	188	187
59	421,590	328,781	256,252	224,375	188	187	190	188
60	440,450	319,272	265,465	233,769	186	187	190	188
61	459,057	328,512	274,921	241,497	185	188	192	189
62	473,076	338,323	288,139	250,317	185	189	194	189
63	485,547	378,072	307,475	260,238	185	188	192	190
元	534,087	400,719	329,916	276,029	182	186	189	187
2	582,722	433,447	401,560	338,571	180	184	184	183

出所：労働大臣官房政策調査部「毎月勤労統計調査年報」

図1 資本金階層別許可業者数



平成2年3月現在
出所：建設白書平成3年版468頁

建設業における産業予備軍として存在している。二二万におよぶペーパーカンパニーは、絶えず参入の機会をうかがっており、仕事の実績ある事業者が、近代化、合理化を図っても、その実効性を阻害する要因となっている。

従業者規模事業所数の推移は、図2のようであるが、従業者数二九人以下の事業所数が増大し、三〇人以上の事業所数が減少していることが認められる。以上のことは、建設業の特殊性によるものであり、後述する。

利益率は図3のように、一九八一年を頂点に低下傾向にあったが、一九八五年頃から上昇に転じている。しかし、資本金の規模が小さいほど利益率の水準が低く、変動の幅も大きくなっており、企業基盤が安定しないことを示している。

一般に、高度に工業化された国において、中小企業の占める位置は質量ともにきわめて重要である事実が認めら

れる。わが国においても例外ではなく、産業別規模別事業所数（民営）において、一九八六年の「事業所統計」によれば、非一次産業合計で六四四万八一二三の中小事業所を数えることができ、これは全事業所数の九・三％を占めている。また、産業別規模別従業者数（民営）でも、同年において三九五〇万五七一六人が中小事業所の従業者数であり、これは全従業者数の八〇・六％を占めている（表3—1・2参照）。また、この表によれば、建設業における中小企業は、他産業に比べて、事業所数、従業者数で大きな比重を占めていることが認められる。すなわち、不動産業と建設業は、圧倒的に中小企業に依存する産業分野である。建設業は、第二次大戦後中小企業数が一時的に減少したものの、その後、図2のように一定の層では一貫して増大している。すなわち、従業者数が一〜二九

図2 従業員規模別事業所数の推移

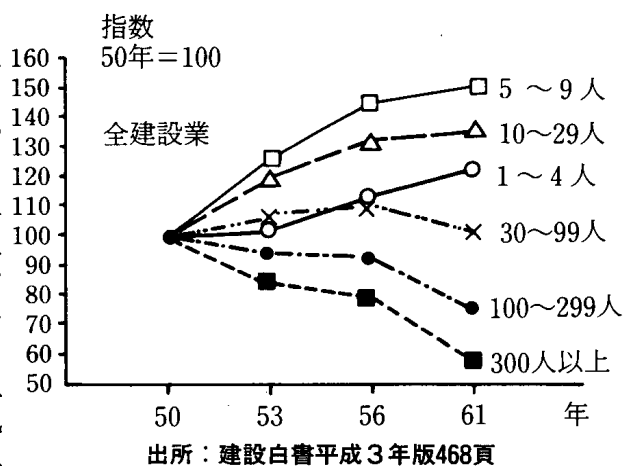


図3 企業規模別売上高経営利益率の推移

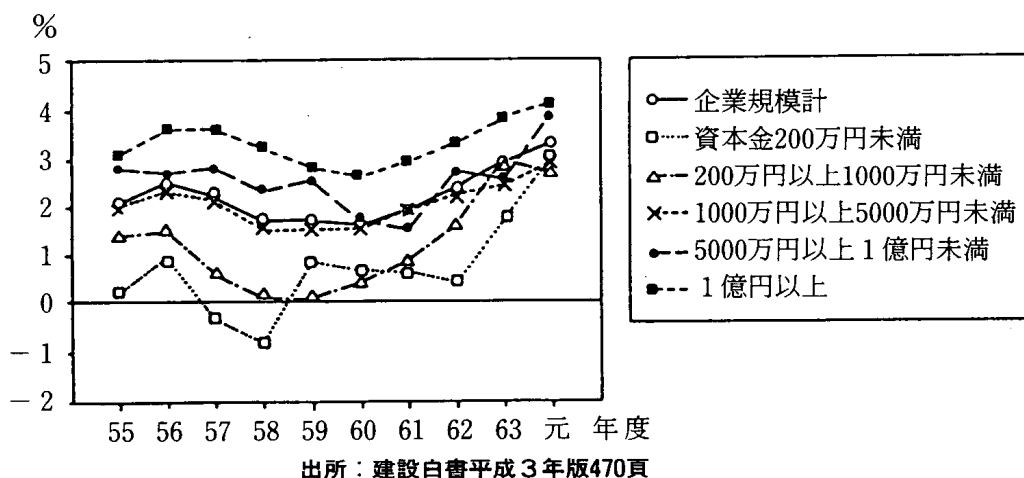


表 3 — 1 産業別規模別事業所数（民営）

産業 項目 規 模 年		中 小 事 業 所		大 事 業 所		合 計	
		事業所数	構成比 (%)	事業所数	構成比 (%)	事業所数	構成比 (%)
鉱 業	50	7,197	99.4	42	0.6	7,239	100.0
	53	6,782	99.5	35	0.5	6,817	100.0
	56	6,941	99.5	28	0.5	6,969	100.0
	61	5,980	99.6	23	0.4	6,003	100.0
建 設 業	50	446,516	99.9	520	0.1	447,036	100.0
	53	494,889	99.9	456	0.1	495,345	100.0
	56	550,044	99.9	425	0.1	550,469	100.0
	61	575,957	99.9	322	0.1	576,279	100.0
製 造 業	50	809,309	99.5	4,324	0.5	813,633	100.0
	53	837,093	99.5	4,039	0.5	841,132	100.0
	56	868,334	99.5	4,064	0.5	872,398	100.0
	61	870,262	99.5	4,209	0.5	874,471	100.0
卸・小売業	50	2,622,635	99.6	11,057	0.4	2,633,692	100.0
	53	2,853,436	99.6	12,160	0.4	2,865,596	100.0
	56	3,011,250	99.5	14,119	0.5	3,025,369	100.0
	61	3,030,074	99.5	15,690	0.5	3,045,764	100.0

表 3 — 2 産業別規模別従業者数（民営）

産業 項目 規 模 年		中 小 事 業 所		大 事 業 所		合 計	
		事業所数	構成比 (%)	事業所数	構成比 (%)	事業所数	構成比 (%)
鉱 業	50	101,449	69.4	44,749	30.6	146,198	100.0
	53	93,841	70.4	39,501	29.6	133,342	100.0
	56	97,590	75.9	30,938	24.1	128,528	100.0
	61	77,919	76.0	24,619	24.0	102,538	100.0
建 設 業	50	3,865,989	92.9	294,738	7.1	4,160,727	100.0
	53	4,349,173	94.2	267,176	5.6	4,616,349	100.0
	56	4,714,388	95.3	234,366	4.7	4,948,754	100.0
	61	4,597,091	96.0	191,591	4.0	4,788,682	100.0
製 造 業	50	8,929,279	70.5	3,734,632	29.5	12,663,911	100.0
	53	9,194,642	73.5	3,314,464	26.5	12,509,106	100.0
	56	9,551,914	74.3	3,311,003	25.7	12,862,917	100.0
	61	9,920,555	74.4	3,421,281	25.6	13,341,836	100.0
卸・小売業	50	10,703,352	86.8	1,625,283	13.2	12,328,635	100.0
	53	11,868,673	87.6	1,686,972	12.4	13,555,645	100.0
	56	12,978,043	87.4	1,872,195	12.6	14,850,238	100.0
	61	13,634,691	87.0	2,038,639	13.0	15,673,330	100.0

（注）従業者300人未満（卸売業については100人未満、小売業、サービス業については50人未満）の事業所を中小事業所とした。

出所：中小企業白書平成2年版付属統計資料
2～3頁より作成

人の事業所が増加し、三〇〇～三〇〇人の事業所の伸び率が減少し、大事業所も事業所数、従業者数ともに減少している。とくに、大事業所は第一次石油ショック以後に減少傾向に向かっている。この経過のなかで、財務体質改善、施工・管理面での技術の向上、事務部門の合理化、T・Q・C、新規需要分野の開発力などにより、企業間格差は増大している。また、中小事業所の増大は、主として建設業のなかでも職別工事業と設備工事業によっている。

以上のことから、建設業全体としての事業所数、従業者数は増加しているが、増加部分は小規模事業所の増加であり、大企業は統合が進み、他方では、中小企業への分化が進んでいると考えられる。そして、他の産業に比較して、中小零細企業の数が多く、ここでは激しい競争状態が生じている。このような中小零細企業は、すでにのべたように、労働者の平均月額においても、労働時間でも、大企業に大きく格差をつけられていることがわかる。

ところで、わが国における中小企業の評価は、これを積極的に評価するか消極的に評価するか意見が分れている。当然ながら、評価の方法や視点も歴史的に変化している。本稿では、これらの点の検討をするものではないので、分析は中小企業論の諸業績に委ねる。しかし、建設業の理解にとり、重要な論点があるので、これを検討しておくなければならない。わが国の中小企業は、従来「二重構造」問題⁽³⁾としてとらえられていたが、高度成長のもとでこれが解消されたとする見解がある⁽⁴⁾。すなわち、二重構造とは、不完全雇用により低賃金構造が存在し、これにもとづいて中小企業が成立・存続し、これに依存して大企業が資本蓄積を進める構造をいうのであるが、高度成長のもとで、完全雇用が達成され、低賃金構造が解体し、これにともない「二重構造」も解消したといわれるのである。しかし、以上のべたことから明らかなように、建設業においては、依然として二重構造を解消しえないようである。さらに、外国人労働者の参入は、低賃金労働者を補充するという意味において、二重構造を補強するものとなって

いくであろう。こんにち、二重構造の問題は国際的広がりのもとで、再検討をする必要があると考える。

二 建設投資の実態は、つぎのとおりである。一九九一年の建設投資額（見通し）は、八六兆六一〇〇億円である。統計実績の発表されている最新年度は一九八八年の統計であるが、同年の建設投資額は六六兆六五五億円で、政府投資二三兆三六三四億円、民間投資四三兆二九二一億円である。政府投資のうち、土木は一九兆三二八一億円で、その大半を占めている。

表4は、資本金階級別完成工事額表である。この表で分かるのは、大手建設会社は、民間の建設工事に主力をおいており、それ以外の層では公共工事を中心であることである。さらに、公共工事は土木の分野で比率が高く、また、地方の建設会社ほど公共工事に依存している⁽⁵⁾。したがって、内山博士が指摘するところのものは、中小企業の土木を中心とする建設分野において最も適合し、これはさらに地方に基盤をおく建設分野で明確な形をとるようになる。すなわち、内山博士はいう⁽⁶⁾。わが国の建設市場は、つねに発注者としての官・公側の一方的独占市場になっており、つねに注文者＝買手としての、官・公側の一方的買手市場になっている。しかも、それは単に一般的な売手と買手の不均衡からくる買手市場ではなく、つねに官・公発注工事の絶対的優越という、日本産業構造の特質からくる一方的特殊な買手市場である、と。

以上を要約すると、つぎのようである。すなわち、建設業における特殊な買手市場は、建設業全般にいえるのではなく、とくにある部門に対して、また、とくにある規模の業者に対して、とくにその影響が強くなっている。官・公発注の大半は、工事部門別では土木工事に向けられ、表4でも示されているように、中小企業がそのおおくを土木工事に依存している。さらに、公共投資は、地方に分散配分されるから、地方に基盤をおく建設業者が官・公発

表 4 建設專業会社の資本金階級別完成工事額（昭和61年度）

（単位 金額10億円）

資本金階級		事業所数 (年度末)	完 成 工 事 額												
			計	元 請						下 請					
				土	木	建	築	機	械	民間発注	公共発注	土	木	建	築
総 数	146,434	58,645	14,558	130	468	38	72	1,653	505	961	2,169	139	50	1,215	
0～ 199万円	23,499	1,867	572	1,514	146	1,745	941	1,074	1,776	109					
200～ 499	48,057	5,426	960	1,580	400	5,969	5,763	2,771	3,863	359					
500～ 999	34,819	5,645	4,945	6,388	170	1,723	1,324	628	703	110					
1,000～ 4,999	37,254	18,726	1,127	1,750	400	2,482	1,542	613	942	189					
5,000～ 9,999	1,825	4,487	1,392	2,232	109	755	465	127	325	49					
10,000～49,999	758	5,769	456	655	342	8,684	4,374	670	1,066	211					
50,000～99,999	83	1,720													
10億円以上	138	15,004	4,976	7,739											

出所：建設工事施工統計調査より作成
 (内)民間発注・公共発注の区別は、元請の完成工事額を発注者別に再分類したものである。

注に依存することになる。民間の大規模な発注工事が少ない地方にあって、建設業者にとり公共投資は企業の存続・発展に決定的意味をもつと考えられる。

三 建設業が以上のべたような特殊性をもつのは、その基盤とする建設生産と市場の特質に規定されているからで

ある。⁽⁷⁾

建設生産は、①受注生産を原則とし、その規模や設計は個性があり、工事ごとに異なる(単品生産)。②生産物は、多種類の部分的工事の総合による複雑な構造物である。③生産物は、土地に定着するから、生産の場が限定される。このため、生産は移動性をもつ。④生産は、屋外で行なわれることが普通である。

以上のべたように、生産地が限定され、受注生産を原則とする建設生産の特質は、市場の性格に影響を及ぼす。たとえば、容量も構造も同じ住宅であっても、都市と農村相互間では等価交換の対象たりえないし、都市の内部においても交通その他の要因により、必ずしも同一市場に提供されない場合がある。また、市場の分散性は、大手企業を採算面から地方市場に参入困難とする。すなわち、建設生産物の市場は、全国的に統一されず、地域的に分割され限定されるから、不完全な市場となり共通市場の成立が難しい。そのため、建設業では、一物一価の法則の確立はおくれ、競争を阻害することとなる。また、生産物が土地に固定化することによる市場の細分化、生産物の個別性・多様性、大量の小規模工事の存在、労働力を中心とした手工業経営による企業存立の可能性等により、多数の零細業者の存立への道が開かれている。しかし、中小零細企業ゆえに、営業地域を拡大し大規模工事を消化することが困難であり、このため、大手企業の存立が必然的となる。

建設生産と市場の特質は、生産(工事施工)に種々の特性を生じさせる。すなわち、受注生産による建設生産では、規格化された市場生産方式をとることができず、計画的生産が困難となる。工事の総合性は、生産の長期化を招来し、この間の資材価格、労賃の高騰、経済変動の影響を直接受けやすくなる。したがって、資本の回転は遅く、予測可能性は低下し、経営の合理化と資本の蓄積・集中を困難とする。また、生産物の土地への定着性は、機械や

労働力の能率的使用を難しくする。建設工事は、その多くを肉体的労働に依存する（労働集約型産業）が、受注量の波にたいして強い企業体質を維持しようとすれば、固定資本を低位にしなければならない。そのためには、常用労働者をできるだけ避け、また機械の保有も最小限とすることが要請される。常用労働者を低位にしながら、肉体的労働に依存する建設工事を施工するという矛盾の解決が「下請」の利用である。

わが国建設業が、特殊な構造をもつにたった重要な要因として、建設業が前近代的資本から発生したということ⁽⁸⁾、他の産業分野に比較して資本蓄積が遅れたこと、労働生産性を高める条件である機械化が、建設業の構造そのものと国家政策により「相対的」にしか発展しえなかったこと、および入札制度と下請制度の存在があげられる。⁽⁹⁾

受注生産を基本形態とする建設業では、⁽¹⁰⁾その経営内に常用の生産労働者を保有せず、受注のたびに労働組織を編制し、経営に統合し、工事終了と同時にその統合を解くが、この労働組織編制の支柱となるものが下請である。下請制度そのものは建設業に特有のものではないが、建設業では下請への依存度がいちじるしく高く、また製品・半製品の納入という通常の下請ではなく、現場における労働力の提供という形態をとる点に特色がある。したがって、建設業における労働力の調達と管理は、下請業者を通ずる間接的な調達と管理となる。大規模建設工事では、これが重層化し、幾段階にも下請が重なって利用される。また、建設産業は他の基幹産業が明治政府からの保護助成により急速に資本蓄積を重ねたのにたいし、ほとんど国家の保護育成がなく生産過程における価値増殖が困難であった。このような資本蓄積の不十分性と下請生産機構の存在は、下請を利用して建設労働者の賃金を切り下げるとともに、元請けの労務費負担を軽減する役割を果たし、低賃金労働による労働集約性は、生産過程を合理化して利潤を得ようとするよりも、より簡便な利潤獲得方法への依存をもたらすであろう。すなわち、まず仕事をとってあと

は下請に仕事を渡すことにより利潤を得ようとする傾向を生じさせる。これは、結局のところ、流通過程から利潤を獲得するのと同じである。建設業が産業資本ではなく、前期的商業資本に近似しているといわれるのは、この点⁽¹¹⁾によっている。とくに戦前の建設業が、近代産業として確立しえなかったのは、以上のように産業資本としての循環過程が完全に成熟しえなかったことに主要な原因があると思われる⁽¹²⁾。

戦後におけるビル建築や電源開発工事などの大型工事は、建設工事の機械化を促進し、工法の近代化が図られ、施工マネジメントが革新され、公共工事の一括発注の傾向がみられるが、これらは大企業の地位を強化していった。しかし、こうした発展過程において、労働力不足の深刻化、賃金や資材の高騰による建設工事費の急上昇、機械化の進展による固定費の上昇による収益低下、他産業の巨大企業の進出による競争激化などの問題が顕在化してきた⁽¹³⁾。このような矛盾が露呈した根本原因は、建設業における労働・生産過程における変革の不徹底であった。とくに重層化した下請生産機構が解体せずに存続したことであった。しかし、職業安定法や労働基準法⁽¹⁴⁾により、労働者供給事業に制限が加えられてから、単に労働者供給のみを主体とする下請制度には変化があらわれてきている⁽¹⁵⁾。最近では、外国人労働者の参入という問題がおこっているが、これは、低賃金労働者層の流入という観点からすれば、建設業における「二重化」を維持する方向で影響を及ぼすであろう。

また、市場の不完全性、小規模業者の増加、労働者の高齢化による作業能率の低下、工事の小規模化などは、建設業の労働生産性を低下させている⁽¹⁶⁾。このため、労働生産性は、昭和六〇年度には、製造業の約半分に低下している⁽¹⁷⁾。

(1) 内山諫・建設業（有斐閣・一九六二）二〇―二二頁、中村賀光・建設業界（教育社・一九九〇）六八―七一頁。

地域別、公共・民間別比率

(%)

	構成比	公共・民間別構成比	
	63年度	63年度	
	総計	公共	民間
全 国	(100.0)	32.4	67.6
北 海 道	5.8	50.9	49.1
東 北 道	7.5	45.4	54.6
北 関 東	8.8	30.6	69.4
南 関 東	28.7	22.0	78.0
北 陸 道	5.2	39.8	60.2
東 海 道	11.2	29.5	70.5
近 畿 国	14.7	28.2	71.8
中 国	5.3	40.7	59.3
四 国	2.9	44.7	55.3
九 州	9.8	41.2	58.8

出所：前田哲治・比較日本の会社〔建設〕57頁

札幌法学三卷一号（一九九一）

三六

頁以下等参照。

(9) 内山尚三・木内誉治・建設産業論（都市文化社・一九八三）一頁以下に詳細な分析がなされている。

(10) 内山諫・前掲書一五頁以下。

(11) 内山・前掲書（請負契約）一一四―一二六頁の分析を参照。戦前の建設業が、近代産業として確立しえなかったのは、産業資本としての循環が成熟できなかったことであり、その原因は、国家の政策によって規制されたことと、建設資本の成立が、非近

(2) 中村・前掲書七〇頁。

(3) 二重構造の考え方そのものは、山田盛太郎・日本資本主義分析（岩波書店・一九三四第一刷）一頁以下に由来する。

(4) たとえば、清成忠男ほか・中小企業論（有斐閣・一九七八）八―九頁。

(5) 地域別、公共・民間別比率は上の表のようになる。

(6) 内山・前掲書（請負契約）八七―九八頁、とくに九〇頁参照。

(7) 以下の記述については、内山・山口・前掲稿六頁以下、打田・前掲稿三一六―三二四頁参照。また、古川修・日本の建設業（岩波書店・一九六三）三五頁以下を参照。

(8) 内山・山口・前掲稿八頁以下で、建設業の歴史的展開を素描している。また、内山諫・前掲書二二頁以下、古川・前掲書三五頁以下、中村・前掲書七三

代的かつ前資本制的な商業資本および高利貸資本を温存したまま、展開過程をたどってきたことに強く基因している(同書一六頁)。

(12) 内山・前掲書(請負契約)一一八―一二〇頁。

(13) 内山諫・前掲書四二頁以下参照。

(14) 職業安定法は、昭和二二年一月公布されたが、同施行規則によって、労務供給業が禁止された。これは、親方のもとに労務のみを供給する下請を禁止し、元請業者が直接雇用すべきことを規定したのである。この当時の混乱について、内山諫・前掲書四〇―四一頁。また、川崎義雄「土建業における労働者供給事業の禁止に就て」日本土木建設業史年表委員会編・前掲書九六―九七頁、土田義衛「コレット旋風とエーミス勧告」同前掲書九八―九九頁などで当時の状況を知ることができる。

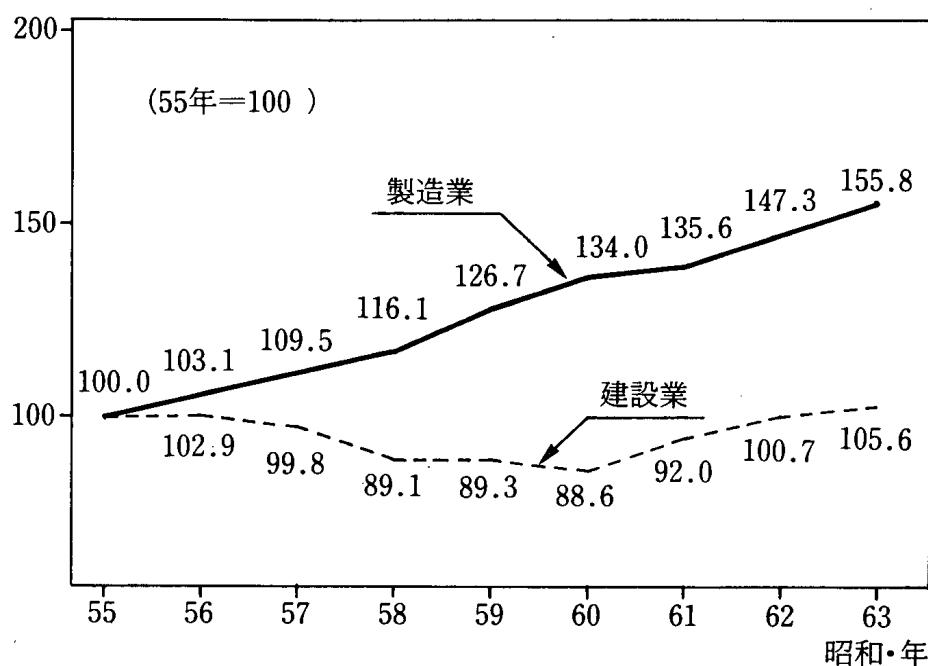
(15) とくに下請の組織化が進展している。この点について、中村・前掲書一〇一―一〇四頁参照。

(16) 前田哲治・比較日本の会社「建設」(実務教育出版・一九九一)六七―七一頁。

(17) 下の図を参照。

建設請負契約における「約款」の機能(山口)

労働生産性の推移



(註) 労働生産性の推移: 55年=100

出所: 前田哲治・比較日本の会社(建設)69頁

五 建設業における「約款」の機能―むすびに代えて―

一 以上の検討の結果、つぎのように考えることができる。すなわち、公共工事標準請負契約約款は、公共工事の請負契約関係を対象とする約款である。そして、公共工事は、官・公発注の建設工事、とくに土木工事を中心となっている。公共工事を受注する建設業者の主たる階層は、地方の中小建設企業である。建設業は、このような中小企業によってになわれている産業分野である。また、建設業は、受注産業であり、工事は総合性、移動性、屋外性、下請性の特徴とする。建設生産と市場は、不完全市場における生産地限定注文生産である。⁽¹⁾そして、わが国建設業を特徴づけるのは、重層化した下請生産機構の存在であるとともに、これを利用した国家政策の問題である。このような背景のもとで、一般に公共工事における単価は低く設定される。このため、公共工事を行なう中小建設企業の短期間の自己資本の充実は困難であり、金融に対する信用力も低下するから、資本の蓄積・集中が不充分である。これをさらに決定づけるのは、市場での競争である。競争は、とくに中小の建設企業相互の間で激烈に展開する。タバコ店の二倍に達するといわれる建設業者数は、当然に過当競争をもたらす。過当競争は、入札競争⁽²⁾となり、受注産業である建設業では、まずこれに競り勝たなければ経営そのものが成り立たないから、入札は、低価格を唯一のよりどころとする妥当性を欠いた低価入札競争として現われる。そして、このことが、低価格↓低利潤↓低蓄積↓低生産性↓低価格という悪循環をくりかえす要因となる。⁽³⁾原材料の入手と受注という二重の依存性をもつ建設業においては、好況時とはかく不況になるとすぐにこの矛盾を露呈してしまうことになる。しかも、地方の中小建設企業は、さらに公共工事への全面依存という、第三の依存性をもたざるをえず、矛盾をさらに激化させる。この

ような矛盾の解決が、低賃金労働の構造化や下請への転嫁であったが、これは産業資本としての成熟を遅らせる原因となった。最近における、外国人労働者の参入や下請の再編は、従来の建設業の構造に変化を及ぼすのか、あるいはこれに組込まれる方向を辿るのかの問題を提起している。

公共約款は、すでに分析したように、官・公依存度の高い、地方の土木を中心とする中小建設企業が主たる利用者となるはずであるが、以上のべたような状況においては、契約の内容が発注者の意向に左右されることは明白であろう。経済的実勢力が発注者に優勢であれば、建設業の特質からして、建設工事の請負契約関係における権利義務の明確化、適正化を目的とする公共約款が実効性をもたないのは、むしろ当然である。中小建設企業が、官・公への依存度を高めるほど、財政資金への依存、従属が普遍化していくことになる。発注者である官・公庁に対し、受注者である中小の建設企業の経済的劣位は明白であり、契約関係は発注者の意思に附従することになる。ここには、受注者の義務のみが厳格に規定され、発注者の義務は明規されないという片務的契約関係の存在基盤がある。また、公共約款が成立しても、官・公の側は、これへの対応が遅れ、依然として従来からの問題のある約款の利用がなされたり、対応がなされても発注者に不利とならない条項のみを部分的に採用し実施するということが行なわれる⁽⁴⁾。それは、優越的地位にある発注者にとって、公共約款の全面採用は、みずからの「優越的地位」や「権利」の放棄と受け取られるからである。これらは、発注者の経済的優位性の現実社会における表現であるといつてよい。そして、これを結果として保証するのが「標準」約款という形態である。以上のようにみてくると、建設業の構造を前提とした場合、「標準」なる形態は、公共約款の部分採用という逃げ道を用意することであり、結局、発注者に経済的地位の維持・強化を保証する機能を果たしていると考えられる。通常の約款の機能が逆転していることが注

目される。とりわけ、同様の「ひな型」という形態をとる「銀行取引約定書ひな型」と正反対の機能を果たしていることが特徴である。いずれにしろ、「ひな型」「標準」という形態は事実的な「力」関係を、契約という法的関係に直接的に投射させる道具であるということができよう。この意味では「ひな型」「標準」は、「約款」よりも一段と問題のある形態であると考えられる。

二 公共約款についての最近の調査は、以上のべたことをよく示している。

新潟県で実施した「公共工事標準請負契約約款調査」は、調査対象を県下一一二市町村とし平成元年度時点での約款採用状況を明らかにしている。^⑤ 現在採用している約款の種類について、県約款を含む標準約款は九九市町村、市町村財務規則別記による基準約款（建設工事請負基準約款）^⑥が一三市町村である。さらに、公共約款を採用している九九市町村でも、足切り率等を是正した昭和五六年改正を含む完全採用は三八市町村にすぎない。すなわち、公共約款の完全採用は、全体の三四％である。

また、日本土木工業協会が、都道府県と全国の六三七市、東京二三区を調査対象として実施した、公共約款の主要九条項（二一、二四、二五条等）の採用状況調査が公表されている。^⑦ 調査結果によれば、都道府県では、四条（四三％）、二四条（六二％）を除いて採用率は高くなっている。しかし、市、区での九条項の平均採用率は六七％で、都道府県と比べると低い数値となっている。このなかで採用率が高いのは、三〇条（九四％）、三七条（九二％）、三八条（七八％）であり、低いのは二一条（四二％）、二五条（五〇％）、四条（五三％）、二四条（五四％）となっている。以上の調査結果は、第一に、都道府県の採用率が高く、市町村、区において低いこと、第二に、受注者の負担を義務づける三七、三八条の採用率が高く、発注者が負担義務を負う二一、二四、二五条の採用状況が低いこ

とを明らかにしている。このため、日本土木工業協会の平成三年度官民懇談会の要望事項にも、その三として「標準契約約款の完全採用、完全実施」が挙げられている⁽⁸⁾。また、「公共工事の入札・契約制度に関する懇談会」でも、公共約款は発注者によって扱いが違うため問題があるので、約款の適用の徹底を求めるとする意見がだされている⁽⁹⁾。

以上のべたように、公共約款の採用率はまだ低く、完全採用率は一層低くなっている。しかも、部分採用の場合では、建設業者の負担義務条項が高く、官・公の発注者の義務を定める条項の採用率が低くなっていることが認められる。すなわち、受注者の義務のみが厳格に規定されて、注文者の義務は必ずしも明確に約定されないという、契約の片務性が存在している。このような片務性は、すでに本稿でのべたように、公共工事そのものの構造に内在するものであり、約款が普通約款として機能し、その実効性を獲得するためには、発注者を含めた建設業そのものの構造変革が必要になると思われる⁽¹⁰⁾。それなしに公共約款の完全採用を強制するシステムを構築しても、契約と実態との乖離を増大させるだけであり、反対に建設業に残存している前近代的要素を温存することにつながるであろう。このような公共工事における契約の歪みは、大手建設業者の下請や民間工事での契約強制に投射され、これが再生産されることになる⁽¹¹⁾。

三 本稿の試みは、以下のような問題関心を基盤とした。すなわち、従来の約款研究には、各産業分野における約款の形成・機能の分析が不足していたこと、また、約款分析の主要な視点としてあげられる「経済的力の格差」「取引力の不均衡⁽¹²⁾」という用語について、その中身が必ずしも明らかにされないまま使用されてきたこと、「標準」約款の機能についての検討がほとんどなされたことなどの問題が存在した。未解決なこれらの問題が、約款

理論の混迷の一因となつていられる。本稿は、約款理論の構築へ向けて、これらの研究の空白を埋めることを目的とした基礎的作業であった。そして、本稿の内容をさらに展開するためには、つぎに建設業法、建設行政の分析が必要となる。この点が今後の課題である。

- (1) 内山・前掲書（転換期の建設業）一四頁。
- (2) 山口・前掲稿（建設業法の問題点）一―二頁。
- (3) 内山・前掲書（請負契約）一二五頁。
- (4) 中村絹次郎・前掲稿七五頁では「多くの発注機関は、その実施約款を決定するに当たっては、標準約款を一応そのベースとして採用しながらも、実は、標準約款の中の重要な条項に対して発注者サイドの利益のために一方的でほしいままな取捨と選択を加えている」との指摘がなされている。
- (5) 日刊建設工業新聞一九九〇年三月二四日、同一九九〇年三月二七日。
- (6) 建設工事請負基準約款は、スライド条項やインフレ条項などが未整備な約款で問題がある。
- (7) 日本土木工業協会・建設業一九八九年六月号一一頁。
- (8) 日刊建設工業新聞一九九一年三月七日。
- (9) 日刊建設工業新聞一九九一年二月二二日。
- (10) 内山尚三「当面する建設業の課題」北海道建設新聞一九九一年一月三二日では、「建設工事の施工体制全体を近代化する、すなわち公共工事の平準発注、入札辞退の自由化、また元請けと下請の関係の近代化、下請が適正な労働条件で労働者を使うことができるだけの工事単価など、全体の構造を変えていかなければならない」と指摘する。
- (11) しかしながら、つぎのような変化が生じてきていることも評価しなければならない。すなわち、元請けと専門工事業者間の「工事下請負契約約款」を「専門工事請負契約約定書」に変え、内容も双方の権利・義務を明確にし、片務的要素を払拭しようとするような試みである（日刊建設工業新聞一九九一年六月三日）。しかし、これも構造変革を伴わなければ、その実効性は限定され

たものになるであろう。

(12) 広瀬・前掲稿三二〇―三三二頁、とくに三三二頁参照。また、椿・前掲稿一二頁参照。